II. Auch durch Stellvertreter konnten sie es nach römischem Rechte in der Regel nicht.

III. Die auctoritas tutoris konnte dazu dienen, den mangelnden animus possidendi des Kindes zu ersetzen; und dies konnte ebensowohl dann geschehen, wenn der Pupill die Apprehension der Sache selbst vornahm, als wenn ein Dritter oder der Vormund als Stellvertreter dies besorgte.

IV. Nach der c. 3. C. de adq. vel ret. poss. erwarben Kinder auch dann den Besitz, wenn ihnen allein eine Sache geschenkt und tradirt und die Apprehension von ihnen selbst oder ihren Stellvertretern vorgenommen wird.

XIV.

Ueber das Recht zur Erziehung der Kinder bei getrennter Ehe.

Von

Herrn Sarwey,

Obertribunalrath in Stuttgart.

Die Frage über das Recht zur Kinder-Erziehung bei Ehen, welche durch Scheidung oder in anderer Weise aufgelöst oder getrennt sind, bildet in neuerer Zeit, welche eine unheilvolle Leichtfertigkeit in Auflösung des Ehebands herbeiführte, so häufig den Gegenstand gerichtlicher Erörterung und berührt so wichtige Interessen, daß eine eigene Behandlung dieser, wie sich zeigen wird, bis jetzt nur wenig beachteten Materie wohl gerechtfertigt erscheinen wird. Soll jedoch hiebei ein für die Doctrin annehmbares, für die Praxis dienliches und ausreichendes Resultat gewonnen werden, so ist durchaus nothwendig, tiefer in die philosophischen

und gesetzlichen Grundlagen der Lehre und den Zusammenhang derselben mit andern Rechts-Materien einzugehen.

Man hat es bei jener Frage mit einem zusammengesetzten Verhältniß zu thun; es handelt sich hiebei theils um das Rechtsverhältniß der getrennten Eheleute gegen einander, theils um die Rechte der zu erziehenden Kinder. Die Frage über das Erziehungsrecht erhält durch die Trennung der Ehe schon um deßwillen eine ganz andere Gestalt, weil die Erziehung nicht mehr gemeinschaftlich erfolgen kann; hiedurch treten die Rechte des Vaters und der Mutter in eine entschiedene Collision; und da hiebei das Erziehungswohl der Kinder, auf dessen Berücksichtigung diese ein unzweifelhaftes Recht haben, wesentlich betheiligt erscheint, so besteht die Aufgabe der Gesetzgebung und der richterlichen Entscheidung nicht blos in Normirung der Rechte der getrennten Ehegatten, sondern zugleich auch in Bestimmung des Einflusses der Rechte der zu erziehenden Kinder. Die Feststellung dieser verschiedenen Rechte hängt nicht blos von den einschlagenden Axiomen des Familienrechts und den diesfalls entscheidend werdenden factischen Verhältnissen ab, sondern steht auch mit dem Eheprozeß in einem Zusammenhang, dessen Beachtung unumgänglich ist und bei den Eigenthümlichkeiten dieses Verfahrens manche besondere Zweifel und Verwicklungen herbeiführt.

Die positiven Bestimmungen des römischen Rechts, welche wir über den fraglichen Gegenstand haben, geben weder sehr präcise noch ausreichende Grundsätze, besonders was die gerichtliche Verfolgung der diesfallsigen Rechte betrifft. Sie wollen überdies, da die Verhältnisse und Rechtsinstitute, mit welchen sie zusammenhängen, vielfache und wesentliche Modificationen erlitten haben, nicht mehr überall gut passend und ausführbar erscheinen. So konnte es nicht fehlen, daß auch in die Dogmatik der Lehre und noch mehr in die Praxis Unbestimmtheit, Inconsequenz und selbst Widersinnigkeiten kommen mußten. Unser Versuch, aus diesen verschiedenen Elementargrundlagen feste und praktisch brauchbare

Grundsätze herauszufinden, und dieselben zu einem in sich und mit andern einschlagenden Lehren gehörig zusammenhängenden Ganzen zusammenzustellen, wird wenigstens dazu dienen, die Haltlosigkeit der in der Praxis herrschenden Ansichten nachzuweisen und auf die gefährliche Willkühr aufmerksam zu machen, zu welcher dieselben führen. Daß sich hiebei nicht auf eine Erörterung der das Erziehungsrecht nach getrennter Ehe bestimmenden Grundsätze selbst beschränkt werden kann, sondern auch das bei Streitigkeiten hierüber einzuhaltende Verfahren Gegenstand einer nähern Untersuchung werden muß, folgt schon aus der Richtung unserer Aufgabe, wird sich aber noch klarer aus dem engen Zusammenhang ergeben, in welchem bei dieser Materie die Frage über das Recht selbst mit der Frage über dessen Geltendmachung steht. Uebrigens wird sich die nachfolgende Ausführung einzig damit beschäftigen, was in dieser Materie an und für sich Rechtens ist. Eine Ausdehnung derselben auf die Grundsätze, welche bei in der Mitte liegenden Verträgen oder in Folge testamentarischer Bestimmungen, die wenigstens indirekten Einfluß auf Normirung dieses Rechts haben können, eintreten, bleibt ausgeschlossen. Im Uebrigen werden wir unserer Ausführung eine Richtung zu geben suchen, wodurch dieselbe zugleich bei einer neuen Gesetzgebung dienlich werden kann, indem wenigstens Rücksichten und Anhaltspunkte aufgesucht und herausgehoben werden, welche bei der Aufgabe des Anknüpfens neuer legislativer Schritte an die bestehenden faktischen und rechtlichen Zustände benützt werden können.

A. Grundsätze des Erziehungsrechts bei getrennter Ehe.

§. 1.

Stellung der principiellen Frage nach dem Stand der bestehenden Gesetze.

Die gesetzlichen Bestimmungen über das Erziehungsrecht nach getrennter Ehe sind einzig in dem römischen Recht zu suchen.

Vgl. Burchardi, im Archiv für civilistische Praxis. Bd. VIII. S. 162.

Wie später näher erörtert werden wird, haben wir zwei römische Gesetzesstellen, von denen die eine, im Codex enthaltene (l. un. Cod. Divort. facto apud quem liberi. V. 24.), auf das richterliche Ermessen, die andere in den Novellen enthaltene (Nov. 117. Cap. 7.) darauf das Entscheidungsmoment gründet, welcher der Ehegatten die Schuld der Trennung trage. Letztere ordnet zugleich die Frage über die Kosten der Erziehung. Die auf diese Novelle bezügliche Authentica zu der obigen Codexstelle enthält in der Hauptsache nichts zur Aufklärung, — im Punkte der Kostenfrage sogar eine Entstellung der Novelle.

Die beiden angeführten Gesetzesbestimmungen an und für sich genommen sind klar und könnten jede für sich keinen besondern Anstand in der Anwendung finden; die Schwierigkeit dagegen ist darin gelegen, daß sie nebeneinander bestehen, ohne daß das Verhältniß ihrer Wirksamkeit näher bestimmt oder auch nur eine Andeutung über ihre Beziehung zu einander gegeben wäre. Hiedurch ergab sich ein gewisses Schwanken in den Ansichten der Rechtslehrer, welches auch auf die Praxis von erheblichem Einfluß geworden ist. Die speciellen Belege hiefür werden unten gegeben werden. Hier nur noch einige allgemeine Bemerkungen über den Stand der Frage.

Die Rechtslehrer stellen gewöhnlich als allgemeinen Grundsatz voran, daß die Kinder nach Trennung der Ehe bei dem unschuldigen Ehegatten zu erziehen seien; ein Theil derselben räumt daneben dem Richter die Befugniß ein, nach seinem Ermessen von diesem Grundsatz abzugehen. Andere stellen das richterliche Ermessen als Hauptgrundlage der Entscheidung auf. Daß gesetzlich die Rücksicht auf die bei der Ehescheidung Statt findende Verschuldung als allgemeine Entscheidungsnorm aufgestellt sei, ist zwar von keiner Seite bestritten, aber häufig ignorirt. Es ist ferner — wenn gleich nicht überall, hervorgehoben, doch nirgends be-

stritten, daß auch die Rücksicht auf das Wohl der Kinder ein Entscheidungsmoment bilde. Allein eine genaue Feststellung des Verhältnisses dieser beiden Entscheidungsmomente findet sich selten. Ob nun die aus der Verschuldung hergeleitete Entscheidungsnorm als selbstständiger Grundsatz bestehe und die Rücksicht auf das Erziehungswohl nur eine Modification jenes Grundsatzes bilde oder ob beiderlei Entscheidungsmomente in der Art nebeneinander bestehen, daß die Zuweisung der Erziehung an den unschuldigen Theil nur eine solche Regel bilde, von welcher das richterliche Ermessen aus Rücksicht auf das Erziehungswohl unbeschränkt abgehen dürfe, dies ist die Frage, auf welche man fast in jedem Streitfall geführt werden wird. Im ersteren Fall wird immer für den unschuldigen Theil entschieden werden, wo nicht positive Gründe vorliegen, wodurch das Erziehungswohl gefährdet erscheint; im zweiten Fall wird die Rücksicht auf das Erziehungswohl zur durchgreifend entscheidenden Norm, indem der Richter auch da, wo in Anwendung der gesetzlichen Bevorzugung des unschuldigen Theils durchaus keine Gefährdung der Erziehung zu befürchten ist, fast immer überwiegende Gründe in der Erwägung der das Erziehungswohl bestimmenden Momente finden oder doch finden zu müssen glauben wird. Es wird also das dem unschuldigen Theil gesetzlich zugesprochene Recht außer dem Fall, wo die Rücksichten auf das Erziehungswohl zufällig hiermit zusammentreffen, bloß dann geltend werden können, wenn nur wenige und unsichere Beurtheilungsmomente für die Frage über das Erziehungswohl vorliegen oder der Richter von dem ihm eingeräumten Ermessen einen sehr beschränkten Gebrauch zu machen sich verpflichtet oder für gut findet.

§. 2.

Prüfung der principiellen Frage nach allgemeinen Erwägungen.

Die Annahme einer unbeschränkten Einräumung für das richterliche Ermessen muß als eine exorbitante erscheinen.

Wenn auch vollkommen anzuerkennen ist, daß die Rücksicht auf das Erziehungswohl ein Recht der Kinder bildet, welches entschiedenen Anspruch auf die Beachtung und den Schutz des Richters hat, so steht demselben doch immer das Recht des betheiligten parens gegenüber. Dieses Recht erleidet durch die Scheidung an sich bloß gegenüber von dem andern Ehegatten eine Aenderung; das Recht der Kinder wird durch die Scheidung nur mittelbar berührt, sofern in deren Folge die während der Ehe mögliche gemeinschaftliche Erziehung hinwegfällt, wodurch sofort auch besondere Maßregeln für die Bestellung der Erziehung nöthig und daher Modificationen des Erziehungsrechts der Eltern gegenüber von den Kindern begründet werden können. Allein weiter können diese Modificationen nicht gehen, als so weit die Rücksicht auf eine gute Erziehung positiv gefährdet erscheint. Eine Cognition des Richters, bei welchem der Eltern für die Erziehung der Kinder am besten gesorgt sei, und eine durch sein diesfallsiges Ermessen geleitete Wahl könnte schon an sich nicht gerechtfertigt werden, Man kann nicht vorausweg davon ausgehen, daß im Falle einer Scheidung ein alle andere Rücksichten und Rechte zurückdrängendes Recht der Kinder auf die möglich beste Erziehung hervortrete; ihr Recht kann nicht weiter gehen, als es vor der Scheidung bestand, d. h. auf eine Erziehung, so gut als sie solche von ihren Eltern nach den obwaltenden Verhältnissen erhalten konnten und bloß in soweit als dieses Recht verletzt oder gefährdet würde, kann die Rücksicht auf die Kinder entscheidend werden. Die Einräumung an den Richter, die Frage, welchem der getrennten Ehegatten die Erziehung zuzuweisen sei, lediglich nach seinem Ermessen darüber zu entscheiden, wo und wie denselben die beste Erziehung zu Theil werde, würde eine Vernichtung der Rechte des betheiligten parens involviren und zur wahren Willkühr führen, dabei aber nicht einmal der Zweck zuverlässig erreicht werden, weil es der Natur der Sache nach nicht möglich ist, die zu einem ganz sichern Schluß erforderlichen Prämissen zu

erheben. Es würde auch der Richter durch eine solche Einräumung in eine seinen Funktionen gänzlich fremde Sphäre versetzt werden, indem er hiebei nicht mehr über Partheien-Rechte zu erkennen, sondern vielmehr Wohlfahrtsverfügungen zu treffen hätte und es wird auch wohl kein anderes Verhältniß in dem positiven Recht nachgewiesen werden können, wo dem Richter ein derartiges Ermessen eingeräumt wäre; überall, wo das Ermessen des Richters eintritt, handelt es sich um ein Urtheil über Rechte oder die thatsächlichen Grundlagen derselben; immer ist es noch eine — wenn auch bloß durch innere Motive geleitete Reflexion darüber, was Rechtens sei; hier wäre das Ermessen des Richters nicht mehr auf die Frage über das, was Rechtens sei, sondern lediglich auf ein Gutbefinden gerichtet.

Dem Vorstehenden gemäß bringen es die allgemeinen Grundsätze mit sich, daß bei der Frage über Zuweisung der Kindererziehung nach getrennter Ehe zunächst von dem Rechte der Eltern auszugehen und hiervon nur insoweit abzugehen ist, als hiebei das Recht der Kinder auf eine den gegebenen Verhältnissen entsprechende gute Erziehung verletzt oder gefährdet würde.

§. 3.

Einiges über das Erziehungsrecht überhaupt.

Das Erziehungsrecht nach getrennter Ehe hängt auf das Genaueste mit der Lehre von dem Erziehungsrecht überhaupt zusammen und es ist insbesondere eine richtige Auffassung der in ersterer Beziehung vorliegenden gesetzlichen Bestimmungen durch gehörige Beachtung jenes Zusammenhangs bedingt.

Es genügt jedoch für unsern Zweck, unter Hinweisung auf die treffliche Darstellung dieser Lehre von Burchardi

Archiv für civil. Praxis. Bd. VIII. S. 161 ff.

einige Hauptsätze auszuheben.

Burchardi geht davon aus, daß das Verhältniß

der Eltern zu den Kindern die auch von den Römern anerkannte natürliche Grundlage des Erziehungsrechts bilde, durch das Institut der väterlichen Gewalt dagegen dieses natürliche Erziehungsrecht bei ehelichen Kindern in der Regel mit Ausschließung der Mutter allein auf den Vater übergegangen sei;

a. a. O. S. 162.

derselbe gründet daher seine Erörterung ganz auf die Sätze, daß das Erziehungsrecht hinsichtlich der in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder dem Hausvater ausschließlich zustehe, bei Kindern, welche sui juris sind, in den Händen der Obrigkeit liege. An diese Sätze knüpft derselbe sofort die besondern Fälle theils in Form von Modalitäten, wie z. B. die Erziehung des durch den Tod des Vaters sui juris gewordenen Pupillen durch die Mutter vermöge obrigkeitlicher Disposition, theils als Ausnahmen, unter welche Kategorie er die Grundsätze über die Kindererziehung in Scheidungsfällen stellt. Die Annahme eines natürlichen Erziehungsrechts der Eltern ist allerdings eine so einleuchtende, daß man denken sollte, daß überall, wo das Institut der väterlichen Gewalt kein besonderes Verhältniß begründe, jenes Recht unbeschränkt in Wirksamkeit trete. Allein die römischen Gesetze sprechen sich nirgends in einer Weise aus, daß man annehmen könnte, sie haben ein aus dem elterlichen Verhältniß fließendes Erziehungsrecht als oberstes Axiom sanctioniren wollen. Die hierfür etwa anzuführenden Gesetze

l. 1. §. 3. D. de J. et J. (1. 1.) pr. J. de jur. nat. gent. et civ. (1. 2.)

sind viel zu vag, als daß hierin eine Entscheidungsnorm gefunden werden könnte. Es ist also, wie in der angeführten Abhandlung von Burchardi durchgeführt ist, von dem Grundsatz auszugehen, daß die väterliche Gewalt die Grundlage des Erziehungsrechts bilde und dieser Grundsatz nur in besondern Fällen einer Modification unterliege.

a. a. O. S. 175 ff.

Was dagegen solche Kinder betrifft, welche nicht unter väterlicher Gewalt stehen, so steht nach der angeführten Abhandlung das Erziehungsrecht hinsichtlich ihrer der Obrigkeit — Obervormundschaftsbehörde — in der Art zu, daß sie den Erzieher zu bestimmen und zu überwachen habe,

a. a. O. S. 164 ff.

wo denn auch die Mutter unter gewissen Voraussetzungen eingewiesen werden könne und solle.

Ebendas. S. 167 ff.

Ob nun aber nach römischem Recht das Erziehungsrecht der Obrigkeit allgemein und unbedingt in zweite Linie nach dem des pater-familias zu stellen sei, ob nicht vielmehr das natürliche Erziehungsrecht der Mutter unmittelbar nach dem des pater-familias und nur im Fall eines Streits die richterliche Entscheidung eintrete,

vergl. Menochius de arbitrar. judic. quaest. Lib. II. Cas. 168.

dies scheint gegründeten Zweifeln zu unterliegen. Die Worte der l. 1. Cod. ubi pup. educ. deb. (V. 49.)

educatio pupillorum tuorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est —

scheinen nicht sowohl als eine specielle Vorschrift für die Verfügungen der Obrigkeit anzusehen zu sein, als vielmehr den Ausdruck für eine allgemeine gesetzliche Norm der Zuweisung der Erziehung an die Mutter zu bilden, weil nach dem weitern Inhalt der Gesetzesstelle erst im Fall eines entstehenden Streits der praeses provinciae angegangen werden solle (vgl. auch l. 1. pr. §. 1. D. ubi pup. educari etc [27. 2.]); eine Auslegung, bei welcher die Worte — nulli magis committenda est — ohne daß ihnen gerade Zwang anzuthun wäre, dahin verstanden werden müssen: die Erziehung könne Niemand mit mehr Grund anvertraut werden ꝛc.,

vgl. Dirksen, man. latinitat. font. jur. civ. rom. s. v. magis und committere.

wo dann die Annahme einer unmittelbaren und nothwendigen Beziehung auf einen Act der Obrigkeit von selbst hinwegfällt.

Sodann sprechen gegen obige Annahme insbesondere die schon erwähnten und hiernach näher zu erörternden gesetzlichen Normen für den Fall einer Scheidung, wonach die Mutter ohne Weiteres an die Stelle des Vaters eintritt, wo diesem das Erziehungsrecht abgesprochen wird;

l. un. Cod. divort. facto apud quem lib. mor. v. educ. debeant (V. 24.). Nov. 117. c. 7.

auch kann die Mutter dem das interd. de lib. exhibend. gegen sie anstellenden pater-famil. unter gewissen Voraussetzungen geradezu eine Einrede entgegenhalten.

l. 1. §. 3. l. 3. §. 5. D. de liber. exhibend (43. 30.)

Es hat daher auch die Ansicht, daß der Mutter unmittelbar nach dem Vater und selbst neben demselben das Erziehungsrecht zustehe, manche Autoritäten für sich.

Malblanc, princ. jur. rom. §. 124.
Lauterbach, Coll. Pand. XXVII. 2. §. 2. 3.
Glück, Commentar. Bd. II. §. 137. 138. S. 221 ff.
Vgl. Mittermaier, deutsches Privatrecht. §. 315.

Einige Rechtslehrer, welche von einem beiden Eltern nebeneinander zustehenden Erziehungsrecht ausgehen, drücken sich dahin aus, daß dem Vater im Falle des Dissenses eine Prärogative zustehe.

Hoffacker, princ. jur. rom. §. 552.
Mühlenbruch, doctr. Pand. §. 259.
Vgl. auch Seuffert, Lehrbuch des Pand. Rechts §. 449. und
Puchta, Lehrb. d. Pand. §. 423.

Man beruft sich hiebei auf l. 1. §. 10. in med. D. de insp. ventre (25. 4,) und auf Tit. D. unde vir et uxor (38. 11.), welche Belege jedoch etwas zu weit hergeholt sein dürften.

Es fehlt auch nicht an Autoritäten, welche der Mutter sogar eine Prärogative einräumen, theils naturrechtlich,

Leyser, Meditat. ad Pand. Vol. 1. Sp. 18. 5. 1. vgl. dagegen Müller, Observ. ad Leys. med. Vol. 1. Obs. 92.

theils mit specieller Beziehung auf die Erziehung der Töchter.

Sande, Decis. Fris. L. II. tit. 8. def. 1.

Die Annahme eines Erziehungsrechts beider Eltern mit Prärogative des Vaters dürfte jedenfalls als die den heutigen Verhältnissen und Ansichten entsprechendste anzusehen sein, man mag nun das Vorzugsrecht des Vaters als einen Ueberrest des römischen Instituts der väterlichen Gewalt ansehen oder aus der Eigenschaft des Vaters als Familienhaupt herleiten.

§. 4.

Erörterung der gesetzlichen Bestimmungen über das Erziehungsrecht nach getrennter Ehe.

a. Coderstelle.

Das eine der römischen Gesetze, welche unsere Frage unmittelbar betreffen, ist:

l. un. Cod. Divort. facto apud quem liberi morari vel educari debeant (V. 24.).

Licet neque nostra, neque Divor. parentum nostrorum ulla constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur: competens tamen judex aestimabit, utrum apud patrem an apud matrem matrimonio separato filii morari ac nutriri debeant.

Diese Gesetzesstelle (womit übrigens auch noch andere nicht auf den Scheidungsfall bezügliche l. 1. D. ubi pup. (27. 2.) l. 1. Cod. ubi pup. (V. 49.) in Verbindung gesetzt werden) dient derjenigen Ansicht zum Beleg, wonach die Entscheidung über Zuweisung der Kindererziehung nach Trennung der Ehe unbedingt in das Ermessen des Richters gelegt sein soll. Dieser Satz könnte aus dem Schluß der

Stelle abgeleitet werden, wenn solcher allein stünde; ein Anderes ergibt sich, wenn man, wie geschehen muß, hiemit den Eingang in Verbindung bringt.

Es ist in der That eine so sonderbare Ausdrucksweise, zu sagen: obgleich keine Verordnung besteht [1]), daß die Kinder nach dem Geschlecht getheilt werden sollen, so soll doch der Richter ermessen, ob sie bei dem Vater oder der Mutter erzogen werden sollen — daß hier nothwendig eine besondere Ideen-Association unterstellt werden muß, welche den Gesetzgeber veranlaßte, sich so auszudrücken. Diese aufzusuchen ist also die nächste Aufgabe. Wir sehen nun, daß demselben die Frage vorlag, ob nicht der Grundsatz der Theilung der Kinder nach dem Geschlecht angewendet werden könne und daß hiergegen das Bedenken erhoben wurde, ob dies geschehen könne, während keine Verordnung diesfalls bestehe. Daß man auf die Frage über eine Theilung der Kinder nach dem Geschlecht gerieth, erklärt sich ganz natürlich damit, daß sich eine solche Maßregel durch ihre Zweckmäßigkeit selbst dringend empfahl. Das Bedenken aber, welches man dabei fand, solche ohne eine diesfalls bestehende Verordnung anzuwenden, hatte ohne Zweifel seinen besondern Grund darin, daß man dieselbe nicht mit dem bestehenden allgemeinen Grundsatz des Erziehungsrechts des pater-famil. im Einklang fand. Diese Ansicht belegt sich durch einen Rückblick auf die Pandecten, welche festsetzen, daß das dem pater-famil. zustehende interdictum de

1) Daß das Wort cavere hier den Sinn hat: sancire — praecipere, nicht declinare — excipere,

vgl. Dirksen, manual. latinit. font. jur. s. v. cavere.

beweist das folgende Verbindungswort ut. Denn hätte die letzt gedachte Bedeutung ausgedrückt werden wollen, wo übrigens die Ermittlung des Sinns der Stelle noch schwieriger würde, so müßte es heißen: ne per sexum etc. divisio celebretur.

Vgl. auch die deutsche Uebersetzung des Corp. jur. von Schilling rc, Bd. V. S. 792, welche die Stelle gibt: obgleich rc. durch keine unserer rc. Constitutionen angeordnet ist.

liberis exhibendis et ducendis gegenüber von der Mutter hinwegfalle, wenn entscheidende Gründe dafür vorliegen, dieser die Erziehung zu überlassen.

l. 1. §. 3, D. de liber. exhibend. it. ducend. (43. 30.) si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis quam apud patrem, morari filium debere, ex justissima scilicet caussa, et Divus Pius decrevit, et a Marco et a Severo rescriptum est: aeque subveniendum ei erit per exceptionem.

l. 3. §. 5. ibid.

Etiam si maxime autem (eum) probet filium pater in sua potestate esse: tamen causa cognita, mater in retinendo eo potior erit: idque decretis D. Pii quibusdam continetur: obtinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur.

Hier muß also auch das Recht des pater-fam. den Ansprüchen der Mutter weichen, wenn entschiedene Gründe vorliegen, das Kind ihr zu belassen. Ganz diesem gemäß entscheidet nun die Coderstelle, daß, unerachtet der Grundsatz der Theilung der Kinder nach dem Geschlecht nicht sanctionirt sei, doch immerhin nach dem Ermessen des Richters bestimmt werden könne, ob dieselben bei dem Vater oder der Mutter zu erziehen seien.

Hiernach wäre der Ideengang und Sinn unserer Coderstelle der. Zunächst wirft der Gesetzgeber die Frage auf: Kann — scil. in Abweichung von dem Grundsatz des Erziehungsrechts des pater-famil. — eine Theilung der Kinder nach dem Geschlecht Statt finden, obgleich hierüber keine Verordnung besteht. Hierauf folgt die Antwort: der Richter kann nach seinem Ermessen bestimmen, ob die Kinder nach getrennter Ehe bei dem Vater oder bei der Mutter erzogen werden sollen. Die Constitution geht also noch weiter, als auf eine bloße Bejahung der aufgeworfenen Frage; nicht blos die Theilung nach dem Geschlecht soll Statt finden können, sondern es soll überhaupt von dem

Richter bestimmt werden dürfen, ob die Kinder bei dem Vater oder bei der Mutter erzogen werden sollen; wornach also die Mutter nicht blos — nach der Geschlechtsabtheilung — die Töchter, sondern auch die Söhne zur Erziehung erhalten kann, wenn solches nach richterlichem Ermessen begründet erscheint.

Vgl. Edit. Corp. jur. Gl. Lugd. MDXLVII. Cod. V. 24. Tom. IV. S. 597 (Cas.).

Oportere tamen judicem pro sua prudentia considerare, masculine apud patrem, foeminae apud mulierem, an vero utrique apud alterum morari educarique debeant.

Allein die fragliche Bestimmung der Coderstelle begreift doch nicht sowohl eine selbstständige Entscheidungsnorm als vielmehr einen auf die aufgeworfene Frage bezüglichen Entscheidungsgrund. Der Gesetzgeber will nichts weiter sagen, als: Wenn schon keine Verordnung besteht, daß die Kinder nach dem Geschlecht getheilt werden, so hat es doch überhaupt keinen Anstand, daß der Richter nach seinem Ermessen bestimmt, ob sie bei dem Vater oder der Mutter erzogen werden sollen.

Aus dem bisher erörterten Zusammenhang geht also hervor, daß die Coderstelle nicht gerade als unbeschränkte und ausschließliche Norm den Satz aufstellen will, daß der Richter die Kinder demjenigen Theil zuscheiden soll, bei welchem er die Erziehung derselben am besten besorgt erachtet, daß also nicht das bloße Gutbefinden des Richters als neuer und durchgreifender Grundsatz aufgestellt werden will, sondern nur, daß nach derselben dem Richter eingeräumt wird, im Anstandsfall sein Ermessen eintreten zu lassen. So aufgefaßt ist es immer nur noch eine Abweichung von dem bestehenden Grundsatz des Erziehungsrechts des pater-famil., was durch die Coderstelle festgesetzt wird; es ist kein an die Stelle des alten Grundsatzes gestellter selbstständiger, neuer Grundsatz — eine Ansicht, welche auch durch die Glosse unterstützt wird, wenn es heißt: Verb.

aestimabit = taliter dividendo: ut hic, nisi ex aliqua caussa in contrarium moveatur: ut D. de lib. exhib. l. 1. §. in hoc interdicto (§. 2.) etc.

Edit. Corp. jur. Gloss. l. c.

und welche, wie sich unten zeigen wird, nicht ohne praktische Bedeutung ist.

Will man aber auch nicht als richtig anerkennen, daß die Coderstelle von einem bestehenden Grundsatz, insbesondere von dem Erziehungsrecht des pater-familias ausgehe, sondern annehmen, daß sie einen allgemeinen Grundsatz aufstelle, so ist doch so viel gewiß, daß sie solches nur in Beziehung auf eine besondere Frage thut, daß also der sofort aufgestellte Satz nicht weiter geht, als dahin, daß im Zweifelsfall der Richter nach seinem Ermessen zu entscheiden habe.

Schließlich ist hier nur noch zu erwähnen, daß man mit vorstehender Coderstelle auch schon die l. 3. Cod. de alend. lib. (V. 25.) in Verbindung brachte, wo von der Alimentenpflicht des Vaters hinsichtlich eines außerehelich erzeugten Kindes die Rede und bestimmt ist, daß der Richter zu ermessen habe, ob dasselbe bei dem Vater zu erziehen sei. Allein es läßt sich aus dieser Bestimmung bei der wesentlichen Verschiedenheit beider Fälle in der That lediglich Nichts für unsere Frage ableiten.

§. 5.

Fortsetzung. b. Novelle.

Das zweite unsere Frage unmittelbar betreffende römische Gesetz Nov. 117. Cap. 7. lautet (nach der Vulg,) dahin [2]:

Illud quoque disponendum esse perspeximus: ut si quando inter maritum et uxorem nuptias solvi con-

2) Der Text nach Hombergk (vgl. Glück Commentar. Bd. 1. S. 338 ff.) ist abgedruckt bei Glück, Comment. Bd. 27. S. 104.

tigerit: ex hujusmodi nati filii, nullo modo laedantur ex separatione nuptiarum, sed ad parentum haereditatem vocentur, ex patris substantia indubitanter alendi. Et si quidem pater occasionem separationis praebeat [3]), et mater ad secundas non venerit nuptias: apud matrem nutriantur, expensas patre praebente. Si vero per causam matris ostendatur solutum matrimonium [4]): tunc apud patrem maneant filii, et alantur. Si autem contigerit patrem quidem minus idoneum esse, matrem vero locupletem [5]): apud eam pauperes filios manere et ab ea nutriri jubemus [6]). Quemadmodum enim filii locupletes coguntur matrem egentem alere: ita justum esse decernimus et a matre locuplete filios pasci. Quod autem de alenda matre et filiis indigentibus definivimus, hoc quoque in omnibus ascendentibus descendentibusque personis utriusque naturae valere praecipimus.

Dieses Gesetz bildet die Grundlage der thesis, daß die Kinder nach Trennung der Ehe bei dem unschuldigen Theil erzogen werden sollen. Allerdings ist dieser Satz hierin gelegen, aber er ist in einem Zusammenhang ausgesprochen, welcher von wesentlichem Einfluß auf den Sinn und die Bedeutung desselben ist.

Die eigentliche Aufgabe, welche sich der Gesetzgeber hier stellt, ist auf Wahrung der Rechte der Kinder nach getrennter Ehe überhaupt gerichtet.

---

3) Nach Julian (N. C. 108. N. 383.) et si quidem pater causam divortii dedit.

4) Nach Julian — sin autem probatum fuerit, causam discidii matrem dedisse; nach Hombergk — si vero culpa matris matrimonium solutum probetur.

5) Nach Hombergk: Quod si patrem inopem, matrem autem divitem esse contingat etc.; nach Julian: sin autem pater inopia laboraverit.

6) Nach Julian: apud matrem alantur, ipsa sumtus liberis suis administrante.

Vgl. Friz, in dem Magazin für Rechtswissenschaft von Grolmann u. Löhr. Bd. IV. Nr. XII.

Zu diesem Zweck wird dann im ersten Satz im Allgemeinen ausgesprochen, daß die Rechte der Kinder durch die Trennung der Ehe in keiner Weise verletzt werden sollen, und — in Anwendung dieses Grundsatzes — daß ihr Erbrecht an die Eltern und ihr Anspruch auf Alimentation von dem Vermögen des Vaters aufrecht erhalten bleiben soll. Weil nun aber die Trennung der Ehe eine besondere Bestimmung darüber nöthig machte, wie dieser Alimentationsanspruch realisirt werden soll, so wird im zweiten und dritten Satz bestimmt, daß, wenn der Vater den Anlaß zur Trennung der Ehe gegeben habe, den Kindern (wenn die Mutter nicht zur zweiten Ehe geschritten sei) von der Mutter zwar die Alimente gereicht werden sollen, der Vater jedoch die Kosten hierzu herzuschießen habe, wenn dagegen die Ehe durch Schuld der Mutter getrennt sei, die Kinder bei dem Vater sich aufhalten und alimentirt werden sollen. Nun blieb aber noch der Fall übrig, daß der Vater unvermögend, die Mutter aber wohlhabend wäre. Für diesen wird im vierten Satz bestimmt, daß die Kinder (wenn sie selbst unvermögend seien) bei der Mutter bleiben und von ihr alimentirt werden sollen. Hiernach hat die Novelle die Wahrung der Rechte der Kinder in Beziehung auf Alimente sowohl gegenüber von dem Vater als der Mutter zum Hauptgegenstand; sie hat nicht, wie man gewöhnlich den hieraus abzuleitenden Satz formulirt, das Erziehungsrecht allgemein als ein Recht des unschuldigen Theils erklärt, denn neben der Ausnahme der Wiederverheirathung der unschuldigen Mutter ist auch dem unschuldigen Vater, wenn er unvermögend ist, die Erziehung nicht zugewiesen; die Frage über die Erziehung der Kinder ist überhaupt nur in ihrer Beziehung zu deren Alimentation abgehandelt, also nicht als Norm über die diesfallsigen Rechte der Eltern. Es ist in dieser Beziehung besonders von Wichtigkeit, sich in das Auge zu fassen, daß zu-

nächst blos die Ausführung über die Art, wie die Alimentationspflicht des Vaters nach getrennter Ehe zu realisiren sei, Gegenstand des zweiten und dritten Satzes ist. Allerdings hat der Gesetzgeber hiermit zugleich das Recht zur Erziehung der Kinder nach getrennter Ehe normirt und normiren müssen, weil eine nähere Bestimmung über die Realisirung der väterlichen Alimentationspflicht nicht ertheilt werden konnte, ohne zugleich zu bestimmen, bei welchem der beiden Ehegatten die Kinder erzogen werden sollen. Allein es ist, wie sich später ergeben wird, für die Vereinigung der vorliegenden verschiedenen Gesetzesbestimmungen von Bedeutung, daß hier nicht ein abstrakter Grundsatz über das Erziehungsrecht der Eltern aufgestellt, sondern vielmehr principaliter ein Recht der Kinder normirt ist.

Betrachten wir weiter die Novellenstelle von einigen allgemeinen Gesichtspunkten aus, so ergeben sich weitere Folgerungen für unsere Aufgabe. Dieselbe geht von dem Satz der unbeschränkten Alimentenpflicht des Vaters aus. Dieser Satz findet, wie das mit der Alimentenpflicht genau zusammenhängende Erziehungsrecht des Vaters seine natürliche Begründung in dem Verhältniß der väterlichen Gewalt,

vgl. Burchardi, a. a. O. S. 185.

obgleich keinem Zweifel unterliegt, daß die Alimentenpflicht des Vaters keineswegs auf das Verhältniß der väterlichen Gewalt beschränkt ist.

l. 5. §. 1. D. de agn. et al. lib. (25. 3.)

Was nun das Erziehungsrecht nach getrennter Ehe betrifft, so geht der Gesetzgeber in der Novelle, wie in der oben abgehandelten Coderstelle von dem in der väterlichen Gewalt begründeten Princip ab und stellt hiefür den Grundsatz auf, daß die Erziehung der Kinder dem unschuldigen Theil zufallen soll — ein Satz, welcher sich ganz natürlich durch die Rücksicht ergab, daß derjenige Theil, welcher den Anlaß zur Trennung der Ehe gegeben hat, auch die nachtheiligen Folgen hiervon zu leiden hat, also, da die gemeinschaftliche Erziehung der Kinder nicht mehr möglich

ist, sein Erziehungsrecht einseitig nicht ausüben darf, wobei immerhin auch die Rücksicht, daß für die Erziehung der Kinder bei dem schuldigen Theil in der Regel schlecht gesorgt sein wird, als mitwirkend angesehen werden mag.

Vgl. Carpzov, Decis. op. dec. 291. N. 21—26. Friz, a. a. O. S. 251.

Hinsichtlich der Alimentenpflicht dagegen führt der Gesetzgeber den Grundsatz der dem Vater diesfalls obliegenden principalen Verbindlichkeit durch; er muß den Kostenaufwand für die Alimente tragen, ob er schuldiger oder unschuldiger Theil ist. Hiernach muß er, wenn die Mutter als unschuldiger Theil die Erziehung der Kinder erhält, die hierzu nöthigen Kosten herschießen. Ist aber der Vater unvermögend, so hat die Mutter die Alimente zu bestreiten, behält aber in diesem Fall auch die Erziehung, ohne daß das Gesetz unterschiede, ob sie unschuldiger oder schuldiger Theil ist. Hierin liegt eine Ungleichheit zwischen den Rechten des Vaters und der Mutter. Man sollte denken, daß auch dem unvermögenden Vater, wenn er unschuldiger Theil ist, die Kindererziehung zugewiesen und die wohlhabende Mutter verbindlich erklärt werden sollte, die Kosten hiefür herzuschießen. Es scheint aber, daß der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, daß die Alimentenpflicht der Mutter vermöge ihrer blos subsidiären Natur nicht weiter ausgedehnt werden könne, als auf eine unmittelbare Alimentenreichung. Hiervon ist denn freilich eine innere Nothwendigkeit nicht abzusehen; denn besteht einmal einerseits das Erziehungsrecht des unschuldigen Vaters und andererseits ein Recht der Kinder auf Alimentation von der wohlhabenden Mutter, so sollte die Realisirung der beiden Rechte dadurch bewerkstelligt werden, daß die Mutter angehalten würde, dem Erziehungsberechtigten Vater den Alimentenaufwand herzuschießen, und es ist, wenn schon die Mutter mit ihrer subsidiären Alimentenpflicht blos in eine an sich dem Vater obliegende Verbindlichkeit eintritt, daraus, daß er diese Verbindlichkeit nicht erfüllen kann, in keiner Weise

abzuleiten, daß er nicht doch das ihm zustehende Erziehungsrecht ausüben sollte, noch folgt aus jenem Umstand eine Modification der der Mutter gegen die Kinder obliegenden Verbindlichkeit, letzteres um so weniger, als der Grund davon, daß die Mutte solche in dieser Weise zu erfüllen hätte, in ihrer eigenen Verschuldung gelegen wäre. Hat nun aber der Gesetzgeber dennoch in diesem Fall das Erziehungsrecht des Vaters nicht zur Geltung kommen lassen, so geht hieraus so viel unzweifelhaft hervor, daß der Grundsatz, wornach das Erziehungsrecht dem unschuldigen Ehegatten zugewiesen wird, nicht als ein absoluter hingestellt werden wollte und daß auch nicht die Rücksicht auf das Erziehungswohl der Kinder als unbedingtes Motiv dieser gesetzlichen Bestimmung anzusehen ist; denn sonst müßte dem unschuldigen Vater die Ausübung dieses Rechts wenigstens in dem Fall durch Kostenvorschuß von Seiten der wohlhabenden schuldigen Mutter möglich gemacht werden, wenn derselbe, als der für das Erziehungsgeschäft bestbefähigte Theil anzusehen wäre.

Die Bestimmung endlich, daß die Mutter auch als unschuldiger Theil die Erziehung nicht erhält oder behält, wenn sie zur zweiten Ehe schreitet, ist eine Ausnahme, deren nächste Begründung nicht gerade in dem odium zu suchen ist, welches das neuere römische Recht auf die zweiten Ehen wirft, denn sonst müßte auch hinsichtlich des Vaters das Gleiche verordnet sein. Es ist vielmehr unzweifelhaft, daß dieser Bestimmung derselbe Grund unterliegt, wie der allgemeinen, wornach die Mutter überhaupt, wenn sie zur zweiten Ehe schreitet, die Erziehung der Kinder erster Ehe, sowie die Vormundschaft über dieselben verliert,

vgl. Glück, Comment. Bd. 24. S. 202 ff.

daß nämlich das Verhältniß eines Stiefvaters mit dem Erziehungswohl nicht gut verträglich erachtet werden kann, wie dies aus der oben §. 3. schon angeführten Gesetzesstelle l. 1. Cod. ubi pup. educ. deb. (V. 49.) klar erhellt.

Hält man nun Alles zusammen, so ergibt sich die Be-

deutung der Novellenstelle am Natürlichsten dahin. Die Alimentenrechte der Kinder für den Fall der Trennung der Ehe werden nach allen Beziehungen gewahrt. Daneben wird hinsichtlich der genau hiermit zusammenhängenden Erziehung derselben Bestimmung getroffen. Dieser Bestimmung, wie allen übrigen des ganzen Gesetzes, liegt als oberstes Princip zu Grund, daß die Kinder durch die Trennung der Ehe in keiner Weise benachtheiligt werden sollen. Diesem entsprechend wird als Regel aufgestellt, daß die Erziehung dem unschuldigen Ehegatten zuzuweisen sei, mit der wieder dem Princip entsprechenden Ausnahme, wenn die Mutter (als unschuldiger Theil) nicht zur zweiten Ehe geschritten ist. Die Annahme einer solchen Regel rechtfertigt sich vollkommen, wenn man die in dem weitern Inhalt der Novelle Cap. VIII. sq. aufgestellten Trennungsgründe ansieht. Allein es ist nur eine Regel, kein absolut bindender Grundsatz; sie kann also nur eintreten, wo ihr sonst Nichts im Wege steht. Neben der schon erwähnten Ausnahme ist sie auch in dem Fall nicht durchgeführt, wenn der Vater unvermögend zur Alimentation ist, weil sie hier mit einem andern Princip collidirte.

§. 6.

Fortsetzung. c. Verhältniß der Novelle zur Coderstelle.

Aus den bisherigen Erörterungen über die Coderstelle und Novelle ergibt sich von selbst, daß von einer eigentlichen Abänderung der ersteren durch die letztere gar nicht die Rede sein kann.

Daß das ursprünglich principiell dem pater-familias zustehende Erziehungsrecht nach Umständen (ex justissima caussa) auch der Mutter eingeräummt werden kann, liegt schon in den oben §. 4. angeführten Bestimmungen der Pandecten über das interdict. de lib. exhib. (l. 1. §. 3. und l. 3. §. 5. D. 43. 30.). Die Coderstelle stellt, wie (§. 4.) gezeigt wurde, keinen positiven und durchgreifenden Grundsatz über das Erziehungsrecht auf, sondern erklärt

nur mit Beziehung auf eine besondere Frage, daß der Richter bei der Zuweisung der Kindererziehung sein Ermessen eintreten lassen dürfe. Die Novelle stellt bei Gelegenheit ihrer Hauptaufgabe — der Wahrung der Alimentenrechte der Kinder nach getrennter Ehe — einige Sätze auf, welche zugleich Normen über das Recht der Erziehung der Kinder nach getrennter Ehe an die Hand geben; was sie besagt, ist in der Hauptsache: durch die Trennung der Ehe soll den Kindern keine Verletzung zugehen, insbesondere soll der Vater die Alimente immer bestreiten; ist er schuldiger Theil, so erzieht die Mutter, wenn sie sich nicht wieder verheirathet, die Kinder und der Vater trägt die Kosten; ist die Mutter schuldiger Theil, so erzieht und alimentirt der Vater die Kinder. Ist der Vater aber unvermögend, so erzieht und ernährt die Mutter die Kinder. Schon die Ansicht dieser Sätze der Novelle im Zusammenhalt mit der Coderstelle zeigt, daß sie keine Gegensätze gegen die Bestimmung der Coderstelle enthalten sollen und können. Noch deutlicher ergibt sich dies, wenn man die in dem vorigen Paragraphen näher erörterte Bedeutung der Novelle in das Auge faßt, wornach nur eine dem allgemeinen Grundsatz der Aufrechterhaltung der Rechte der Kinder entsprechende Regel über die Erziehung derselben aufgestellt ist.

Diese Regel muß nach dem Grundsatz, dem sie entspricht, Ausnahme erleiden, sobald solches die Rechte der Kinder *erfordern*, wie dies die Novelle selbst für den Fall der Wiederverheirathung der unschuldigen Mutter bestimmt. Wann solches außer dem eben bemerkten ausdrücklich vorgesehenen Fall einzutreten habe, dies ist natürlich von dem Richter zu ermessen. Die Coderstelle aber bestimmt nach dem Obigen nicht weiter, als daß der Richter ermessen dürfe und solle, ob die Kinder bei dem Vater oder der Mutter zu erziehen seien. Es bedarf also gar keiner Vermittlung zur Vereinigung der beiden Gesetzesstellen. Will man aber einen Ausdruck für eine Vergleichung beider Gesetzesstellen, so läßt sich einfach sagen: die Coderstelle läßt

für einen zweifelhaften Fall die Entscheidung nach richterlichem Ermessen zu, ohne eine Norm über den eigentlich entscheidenden Grundsatz aufzustellen, muß also in dieser Beziehung von dem bestehenden ausgehen; die Novelle stellt (obwohl blos incidenter) eine Norm auf, indem sie als Regel bestimmt, daß die Kinder dem unschuldigen Theil zur Erziehung zu überlassen seien, schließt aber die Zulässigkeit der Abweichung von dieser Regel theils ausdrücklich für einen besondern Fall, theils dem vorangestellten Princip nach überhaupt — in sich ein. Sie führt also in der That auf die Bestimmung der Coderstelle zurück.

§. 7.

Fortsetzung. d. Authentica.

Es ist nun nur noch kurz der unserer Coderstelle beigefügten Authentica zu erwähnen, welche sagt:

> Si pater causam divortii praestiterit, apud matrem ad secundas nuptias non venientem liberi nutriantur patris expensis. Si vero contra, tunc apud patrem, matris locupletis expensis: nisi pater minus idoneus sit: tunc enim apud matrem locupletem nutriantur. Nam quemadmodum locupletes filii matrem alere coguntur egentem: ita justum decernimus, et a matre filios pasci. Quod de matre et filiis indigentibus dictum est, hoc quoque in omnibus ascendentibus et descendentibus personis utriusque naturae decernimus observari.

Es ist außer Zweifel, daß diese Authentica den Sinn der Novellenstelle unrichtig gibt, wenn hiernach in dem Fall, wo der Vater die Erziehung der Kinder wegen Verschuldung der Mutter erhält, dies auf Kosten der wohlhabenden Mutter geschehen soll.

Friz, in d. Magazin f. Rechtswissenschaft von Grolmann und Löhr. Bd. IV. Nr. XII.
Glück, Comment. Bd. XXVII. S. 107.

Ohne Zweifel ist diese unrichtige Auffassung dadurch veranlaßt, daß Irnerius, von welchem dieselbe herrührt, die Consequenz dafür zu sprechen scheinen mochte, daß, wie der Vater die Kosten der Erziehung der unschuldigen Mutter zu prästiren hat, so auch die Mutter dem unschuldigen Vater, wenn diesem die Erziehung zugewiesen wird, was denn freilich noch weiter geht, als das oben §. 5. erörterte Bedenken, welches sich blos auf den Fall beschränkt, wenn der erziehungsberechtigte Vater unvermögend ist, für welchen die Authentica die Kinder gerade wieder — zwar übereinstimmend mit der Novelle, aber doch in offenbarer Inconsequenz mit sich selbst — der Mutter zuweist. Diese Inconsequenz würde allerdings hinwegfallen, wenn man den Worten — nisi pater minus idoneus sit — wie dies an sich wohl zulässig wäre,

vgl. Dirksen, man. lafin. font. jur. s. v. idoneus. S. 427.

und auch schon geschah,

Held, jurisprud. univers. L. IV. D. III. C. 1. §. 2. N. 59.

statt des Falls der Unvermögenheit des Vaters die Bedeutung des Mangels an Erziehungsfähigkeit unterstellte, und es läge darin zugleich eine weitere Unterstützung für die oben ausgeführte Ansicht, daß von dem Grundsatz der Schuld im Interesse des Erziehungswohls abgegangen werden könne. Allein gegen eine solche Auslegung spricht der Urtext der Novelle, wie er (vgl. oben §. 5. Note 5) von Julian und Hombergk gegeben wird, und, abgesehen hiervon schon der Zusammenhang des entsprechenden Satzes der Novelle — si contigerit patrem minus idoneum esse, matrem vero locupletem. —

Vgl. die deutsche Uebersetzung des Corpus Jur. von Schilling rc. P. V. S. 792.

Uebrigens kann eine nähere Erörterung über diese Authentica um deswillen umgangen werden, weil überhaupt

die Authentiken nur insoweit von Werth sind, als sie mit dem Sinn der Novellen selbst übereinstimmen.

Glück, a. a. O.

Wächter, Handbuch des in Würtemberg geltenden Privatrechts. Bd. I. Abthl. 2. S. 1090.

§. 8.

Ansichten der Rechtslehrer. Glosse. Commentatoren. Lehrbücher.

Vor Allem ist hier zu bemerken, daß die Glosse und Andere bei diesen gesetzlichen Bestimmungen sich auch auf die der Mutter zufallende Alimentation des Kindes bis zum vierten Jahr beziehen, unter Hinweisung auf l. 9. Cod. de patr. potest. (VIII. 47.):

Corp. Jur. Gloss. Edit. Lugd. MDXLVII. Tom. IV. pag. 598.

Verb: matr. locupl. exp. T. V. p. 237. Verb: filios pasci.

Cujac. Comment. (Recitation. solenn.) in Codic. L. V. tit. 24. 25.

Allein für diesen Fall kann nicht sowohl von Anwendung einer Singulargesetzesbestimmung die Rede sein, als vielmehr von der Einwirkung eines auf die Absäugung Bezug habenden

cfr. Cujac. l. c. und Observat. lib. 19. Cap. 40.

Naturgebots,

vgl. Glück's Commentar. Bd. II. S. 223 ff.

dessen wenigstens allgemeine Beachtung, obgleich in den vorstehenden Gesetzesbestimmungen nicht ausdrücklich vorgezeichnet, doch um so weniger einem Anstand unterliegen kann, als solche aus der Rücksicht auf die Rechte des Kindes selbst folgt.

In der Hauptsache versuchen wir in folgender Zusammenstellung einen Ueberblick über den Stand unserer Lehre nach den nächstliegenden Autoritäten zu geben.

Die Glosse, von welcher schon oben Einzelnes ange-

führt wurde, gibt über die Hauptfrage — das Verhältniß der Coderstelle zur Novelle — keine befriedigende Auskunft. In der Aufschrift zur Coderstelle ist gesagt: in arbitrio judicis est, apud quem alantur liberi facto divortio. Hodie servatur auth. hic posita. Hoc dicit Salic. In der allgemeinen Bemerkung (casus) zur Authentica selbst heißt es sodann: haec authent. clarificat. l. C. et dicit etc.

Corp. Jur. Gloss. Lugd. MDXLVII. T. IV. p. 597.

Bei der Novelle selbst findet sich außer einer nicht entscheidenden Beziehung auf die Coderstelle (zu den Worten filios pasci) überhaupt Nichts, woraus Etwas für unsere Frage abzuleiten wäre.

Corp. Jur. Gloss. cit. Tom. V. p. 237.

In einer der Novelle angefügten Note zur Gothofredischen Ausgabe (1705) heißt es unter Beziehung auf die Coderstelle: olim erat positum in judicum potestate, statuere, apud quem educarentur, wornach also angenommen zu werden scheint, daß die Bestimmung der Coderstelle durch die Novelle abgeändert sei.

Ueber die Ansichten der Commentatoren führen wir nur Folgendes an:

Brunnemann Comment. in Cod. sagt zur Coderstelle und Authentica: quando divortium factum, et liberi adsunt utriusque sexus, tunc per l. hanc non est necesse, ut masculi apud patrem, foemellae apud matrem educentur, sed in arbitrio id est judicis, a quo educari debeant, sed Nov. 117. c. 7. distinguit, utrum pater an mater causam dederit divortio, v. g. saevitia aut veneficio, ut semper apud conjugem innocentem secundas nuptias non contrahentem, sumptibus alterius (nocentis) si locuples est, nutriantur. Er vertheidigt sofort den letzten Satz „ex paritate rationis, licet Irnerius de suo aliquid addiderit.“ Dieser Commentator scheint also auch in der Novelle eine Abänderung der Coderstelle zu finden.

Cujacius erläutert, was die Coderstelle betrifft, zu-

nächst den rechtshistorischen Zusammenhang derselben dahin, daß nach der durch l. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. (V. 13.) verfügten Aufhebung der früheren gesetzlichen Bestimmung, wornach wegen Ernährung der gemeinschaftlichen Kinder nach erfolgter Ehescheidung eine retentio sextarum dotis Statt fand,

vgl. Glück, Commentar. Bd. XXVI. S. 326 ff. Bd. XXVII. S. 5 u. 167.

die Frage entstanden sei, ob die Kinder bei dem Vater oder der Mutter zu erziehen seien. Diese Frage sei nun durch die Coderstelle entschieden worden. Es sei die Theilung der Kinder nach dem Geschlecht, welche Einigen passend geschienen habe (ut quibusdam placuisse significat lex etc.), nicht gebilligt, sondern bestimmt worden, daß der Richter zu ermessen habe, bei wem die Kinder erzogen werden sollen, „ut pro qualitate personarum statuat morari et educari liberos apud matrem, si pater sit nequam, mater frugi, vel contra apud patrem.“

Sofort wird der Novelle erwähnt, jedoch in einer Weise, welche es unentschieden läßt, ob dieselbe als der Coderstelle eigentlich derogirend angesehen werden will.

Comment. (recitation. solenn.) in Codic. ad l. cit. Paratitla in Codic. ad l. cit.

Die Novelle wird von Cujaz kurz abgefertigt, und es ist auch hier über die eben erwähnte Frage Nichts mit Sicherheit zu entnehmen. Er sagt blos: „quod pertinet ad tit. Cod. div. facto apud quem etc.“

Novellar. exposit. ad Nov. 117. cfr. expos. ad Nov. 22.

Ueber die Art und Weise, wie unsere Lehre von den dogmatischen Schriftstellern aufgefaßt wird, sind schon oben §. 1. einige allgemeine Andeutungen gegeben. Obgleich nun gerade für die Hauptfrage, die Vereinigung der abgehandelten Gesetzesbestimmungen aus Autoritäten nur wenig zu schöpfen ist, so kann doch eine Zusammenstellung der

Hauptresultate der bekannteren Rechtslehrer und der Gerichtspraxis nicht umgangen werden [7]).

Wir geben zunächst eine klassificirte Uebersicht von Citaten derjenigen Rechtslehrer, welche sich darauf beschränken, auf den Grund der angeführten Gesetzesbestimmungen die schon oben §. 1. angedeuteten Thesen ohne weitere Begründung aufzustellen.

Schriftsteller, welche einzig den Grundsatz aufstellen, daß die Kinder bei dem unschuldigen Theil zu erziehen seien, sind:

Wening Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civ. Rechts. IV. Buch §. 69. (§. 386. Bd. II. S. 54.)

(Citirt sind die Coderstelle und Novelle ohne weitere Bemerkung.)

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. III. Bd. 1. Abthl. §. 709.

(Citirt sind die Novelle und Authentica unter Bezugnahme auf die oben §. 4. angeführten Pandectenstellen l. 1. §. 3. und l. 3. §. 5. D. de lib. exhib. (43. 30.). Besonders ausgehoben ist, daß wenn der Vater bedürftig, die Mutter aber wohlhabend ist, die Kinder jederzeit bei der Mutter bleiben und auf ihre Kosten erzogen werden.)

Hoffacker, princ. jur. civ. rom. germ. §. 406.
(welcher blos die Novelle citirt.)

Malblanc, princ. jur. rom. §. 642.
(welcher blos die Authentica citirt.)

Cocceji jus civ. controv. L. XXIV. tit. 2. qu. 8. (II. p. 196.)
(blos unter Berufung auf Lauterbach Coll. Pand.)

---

7) Zu bedauern ist, daß hierbei einige der wichtigsten Autoritäten zu vermissen sind, so besonders Donelli Commentar de jure civ, und Vangerow, Leitfaden rc. (vgl. Bd. I. Buch II. Cap. 1. S. 305. 348. Cap. 2. S. 404.), welche nach ihrem Plan nicht auf eine Behandlung der fraglichen Materie geführt wurden.

Wiese, Handb. des Kirchenrechts. Bd. III. S. 426. (unter Berufung auf die Novelle und Authentica.)

Schriftsteller, welche zwar von dem Grundsatz des Erziehungsrechts des unschuldigen Ehegatten ausgehen, dagegen eine Abweichung hiervon nach richterlichem Ermessen gestatten, sind:

Thibaut, System des Pandecten-Rechts. §. 362. (VIII. Aufl.)

Schweppe, Röm. Priv. R. Bd. IV. §. 717.

Seuffert, Lehrbuch des Pand. Rechts. Bd. III. §. 463.

Günther, princip. jur. §. 442.

Glück, Comment. Bd. XXVII. S. 103 ff.

Diese Schriftsteller führen zum Theil blos die Authentica, zum Theil blos die Novelle, zum Theil die Authentica und Novelle oder auch die Codexstelle und Novelle zusammen — auf. Letzteres geschieht auch von Schweppe, welcher (a. a. O. S. 230. N. 6.) kurz bemerkt, daß die Bestimmung der Novelle: die Ehescheidung soll den Kindern zu keinem Nachtheile gereichen, „doch auch auf dies Verhältniß bezogen werden könne."

Zu denjenigen, welche das richterliche Ermessen zur ausschließlichen oder doch in unbestimmter Weise zur Hauptgrundlage der Entscheidung machen, gehören:

Makeldey, Lehrbuch d. h. röm. Rechts. Bd. II. §. 542.

welcher hiefür blos die Codexstelle anführt, während er gleich hernach in Beziehung auf die weiteren Fragen (hinsichtlich der conjux binuba und der Kosten) auf die Authentica und Novelle Beziehung nimmt; ferner

Voet, Comment. in Pand. ad tit. de agnosc. et al. lib. §. 20. (T. IV. p. 397.)

welcher den Satz voranstellt, daß die Erziehungsfrage nach der Codexstelle und Authentica zu entscheiden sei, und dann

unter Beziehung auf Sande decis. Frisic. beifügt, daß das richterliche Ermessen das Hauptmoment der Entscheidung bilde, so daß er auch zu der nächst vorstehenden Meinungskategorie gezählt werden kann,

Struv, exercitat. 30. th. 45. in f.

welcher die Sache ungefähr wie Voet behandelt. In einer übrigens mehr bezüglich der Darstellung besondern Weise drückt sich aus:

Mühlenbruch, doctr. Pand. III. §. 548.

Er geht von dem Erziehungsrecht der Eltern aus, räumt hierbei dem Vater bei entstehenden Differenzen eine Prävalenz ein, stellt aber die Ausnahme auf, daß, wenn genügende Gründe vorliegen, die Kindererziehung der Mutter zu übertragen sei und zählt hierher insbesondere den Fall, wenn die Ehe durch die Schuld des Vaters getrennt sei, wo die Kinder auf Kosten des Vaters bei der Mutter zu erziehen seien.

Ganz ähnlich drückt sich aus:

Puchta, Lehrb. d. Pand. §. 423.

Zu bemerken ist hierbei noch, daß ein Theil der vorangeführten Autoren sich — entsprechend dem Text der Novelle — dafür ausspricht, daß die Erziehung bei dem unschuldigen Theil auf Kosten dessen, dem die Ernährungslast an sich obliege — oder auch — des (vermögenden) Vaters zu geschehen habe,

Wening-Ingenheim, Göschen, Hoffacker, Wiese, Thibaut, Schweppe, Glück, Mühlenbruch, Mackeldey a. d. a. O.

andere auf den Grund der Authentica behaupten, daß die Kinder auf Kosten des schuldigen Theils — also auch wenn dies die Mutter ist — bei dem unschuldigen zu erziehen seien.

Malblanc, Cocceji, Seuffert, Günther, a. d. a. O. Voet, a. a. O. §. 6.

§. 9.

Fortsetzung. Besonders ausgeführte Ansichten.

Noch sind die Ansichten einiger Rechtslehrer anzuführen, welche wegen ihrer eigenthümlichen Richtung nicht wohl unter die vorstehende Classification gebracht werden können.

J. H. Boehmer, Jus Eccles. Protest. lib. IV. tit. 19. §. 48.

stellt im Text einfach unter Beziehung auf die Novelle den Grundsatz auf, daß nach erfolgter Ehescheidung die Kinder bei dem unschuldigen Theil auf Kosten des Vaters zu erziehen seien und trägt sofort ein von ihm im Jahr 1720 verfaßtes responsum über einen Streitfall unter Juden vor, worin er, von der Authentica und Novelle ausgehend, sagt: „und obwohl ante hanc constitutionem diese ganze Sache lediglich in arbitrium judicis gestellt war (l. 1. C. div. facto apud quem.) und daher Einige behaupten wollen, daß auch noch heutzutage hierbei das Meiste in judicis arbitrio beruhe, und davon lediglich dependire (Struv. exercit. 30. th. 45. in f.), so will doch solche Meinung nicht leicht einen Beifall finden, angesehen die ganze Absicht des Kaisers Justinian gewesen, diese vorhin in arbitrio judicis gesetzte Sache einzuschränken und auf einen gewissen Fuß zu setzen, aus welcher Absicht ohne Zweifel die cit. auth. si pater gleich dabei gesetzet und als ein jus novum derogatorium considerirет ist (Richter, in comment. ad cit. auth. N. 3.). Wenigstens ist diese neue constitutio Justinianea billig pro regula anzunehmen, von welcher man ohne erhebliche Ursache nicht abgehen darf, wenn aber solche anzutreffen, so mag solches billig als eine exceptiva regula angesehen werden, welches sich ganz anders verhält, wenn die Sache lediglich in arbitrium judicis gestellt wird." Diese in dem letzten Satz ausgedrückte Auffassung trifft sonach im Wesentlichen ganz mit unserer Ausführung zu, und es ist nur zu bedauern, daß Böh-

mer dieselbe nicht mit Entschiedenheit unter seine Lehrsätze aufgenommen hat, indem seine lange Zeit hindurch mächtige Autorität wohl im Stande gewesen wäre, die vage und schwankende Behandlung der Sache, in welche besonders die Praxis gerieth, zu beseitigen.

Lauterbach, Colleg. Pand. Lib. XXIV. tit. 3. §. 25.

stellt die ganz eigenthümliche Thesis auf:

Facto divortio propter adulterium liberi regulariter morari et educari debent apud partem innocentem, expensis nocentis (soweit blos unter Berufung auf die Authentica); quod ipsum in praxi observatur (unter Berufung auf Carpzov decis. 291. num. 24. und Struv. Exercit. 30. th. 45.) si propter incestum, judex aestimabit, utrum apud patrem an matrem liberi morari, an (ac?) nutriri debeant — dies unter Berufung auf die Coderstelle.

Wie Lauterbach zu dieser sonderbaren (aus der Berufung auf Carpzov und Struv. nicht zu erklärenden) Distinction kam, ist nicht klar — vielleicht durch den, wie es scheinen will, nicht sehr glücklichen Versuch einer Vereinigung des Grundsatzes der Novelle mit dem der Coderstelle, indem er etwa davon ausging, die Novelle habe blos den Fall einer durch Ehebruch herbeigeführten Trennung der Ehe im Auge, in welchem die dem Ehebruch folgenden Strafen (Tod — Klostereinsperrung, vgl. Glück Comment. Pars XXVII. S. 14 ff. und Burchardi im Archiv für civil. Praxis. Bd. VIII. S. 180. Note 54.) es an sich unumgänglich machten, dem schuldigen Theil die Erziehung abzusprechen, während die Coderstelle blos auf die Fälle einer durch unsittliches Leben (überhaupt — nicht gerade Blutschande) herbeigeführte Trennung sich beziehe.

Burchardi, in seiner oft erwähnten Abhandlung über gemeinrechtliches Erziehungsrecht,

Archiv f. civ. Praxis. Bd. VIII. S. 180.

geht, wie schon oben angeführt, von dem Satz aus, daß das Erziehungsrecht der unter väterlicher Gewalt befindlichen Kinder ausschließlich dem Hausvater zustehe und die Normen über das Erziehungsrecht bei erfolgter Ehescheidung unter die Kategorie der Ausnahmen zu stellen seien. In dieser Beziehung stellt er sodann im Wesentlichen folgende Sätze auf. Wenn ein Theil allein zu der Scheidung Anlaß gegeben habe (gleichviel übrigens, wer diese gefordert habe), so sollen die Kinder von dem unschuldigen Theil auf Kosten des schuldigen erzogen werden, von welcher nicht unbedingten Regel jedoch die Obrigkeit abgehen könne, sofern sie den schuldigen Theil für fähiger halte (bis hieher lediglich unter Beziehung auf die Novelle). Bei gleicher Schuld oder Unschuld und beziehungsweise Erziehungsfähigkeit beider Theile hänge es ganz von der Obrigkeit ab, welchem sie die Erziehung lassen wolle; sie könne auch die Kinder theilen — am liebsten nach dem Geschlecht (hier wird sodann die Coderstelle citirt), die Scheidung könne also auch zur Folge haben, daß die Erziehung dem paterfamilias genommen und der Mutter überlassen werde — diese Grundsätze können und müssen consequent auch auf die katholische separatio quoad thorum et mensam angewendet werden — sie betreffen jedoch nur die leiblichen und die gemeinschaftlichen Kinder der geschiedenen Eheleute. Dabei werden noch Bemerknngen über besondere Fälle (wenn der Ehemann selbst unter väterlicher Gewalt steht und hinsichtlich der Adoptivkinder) gemacht.

So sehr das Gewicht der Autorität Burchardi's in dieser von ihm im Allgemeinen so gründlich behandelten Lehre anerkannt werden muß, so scheint doch das von ihm in der Hauptsache aufgestellte Princip mit der Distinction zwischen alleiniger Schnld und gleicher Schuld oder Unschuld und den weiteren hieran geknüpften Folgen weder eine bestimmte gesetzliche Begründung zu haben, wie dies hinsichtlich der Frage über das entscheidende Moment bei der Verschuldung unten (§. 12.) ausgeführt werden wird, noch

sich von praktischer Seite besonders zu empfehlen. Dasselbe führt in der Anwendung am Ende ganz auf Willkühr des Richters und dies in noch weiterer Ausdehnung, als wenn blos das Erziehungswohl der Kinder als Entscheidungsmoment des richterlichen Ermessens aufgestellt wird. Denn nach Burchardi's Unterscheidungen behält nicht einmal die Annahme der Schuld eine feste Grundlage in den Resultaten des Eheprocesses, da in diesem nicht über Grade der beiderseitigen Schuld verhandelt und erkannt wird, sondern die Frage, inwiefern die Klage begründet ist, das Entscheidungsmoment bildet. Burchardi selbst scheint dies im Auge zu haben, wenn er sagt: eine gleiche Schuld oder Unschuld beider Theile könne nach heutigen Grundsätzen über Ehescheidung nicht leicht vorkommen. Nach der gedachten Thesis müßte daher der Richter, um über das Erziehungsrecht zu entscheiden, auf's Tiefste in die Verhältnisse des ehelichen Lebens eingehen, um die Grade der beiderseitigen Schuld zu ermitteln, wäre aber dann doch auch in dieser Beziehung nicht gebunden, sobald ihm seine bei dieser Gelegenheit gemachten Erfahrungen denn doch den obgleich allein schuldigen oder schuldigeren Theil als den zur Erziehung fähigeren erscheinen ließen; ja wenn ihm am Ende aller Untersuchungen und Erwägungen die oft bunt genug sich durchkreuzenden Schuld- und Fähigkeitsmomente die Waage zu halten schienen, so dürfte er ganz nach seinem Gefallen — denn welches Rechtsmoment bliebe da noch übrig — dem einen oder dem andern Theil das unschätzbare Recht, seine Kinder zu erziehen, absprechen. Gewiß hat es Burchardi selbst nicht so gemeint und kam zu der bedenklichen Fassung seiner Thesen nur dadurch, daß er ihre Folgen in der Anwendung weniger scharf in's Auge fassend — dem Satz, daß der Richter nach seinem Ermessen auch von den die Regel bildenden Grundsätzen abgehen dürfe, wenn die bezüglichen Rechte der Betheiligten solches entschieden motiviren, eine zu allgemeine und ausgedehnte Durchführung gab. Uebrigens hat er jedenfalls auch damit, daß

er die Kosten allgemein dem schuldigen Theil zuscheidet, gegen die Bestimmung der Novelle, auf welche er sich allein bezieht, verstoßen (vgl. oben §. 7.) und bei dem weitern Satz, daß die Theilung der Kinder am liebsten nach dem Geschlecht geschehen soll, wenigstens die Worte der Coderstelle, worauf er sich bezieht, nicht für sich.

(Schluß im nächsten Heft.)

XV.

Soll die Zahl der Anwälte und deren Wirkungskreis in einem Staate beschränkt sein oder nicht?

Beantwortet von

Herrn **Dr. J. H. Beschorner**,
Anwalt in Dresden.

Bei der in Dresden zu Ende August d. J. 1848 stattgefundenen Versammlung deutscher Anwälte wurde besonders von den preußischen Anwälten die Frage angeregt und als eine der wichtigsten und einflußreichsten für die Stellung des Advokatenstandes im Staate bezeichnet, ob die Zahl der Advokaten zu beschränken und deren Wirkungskreis auf gewisse Bezirke zu verweisen sei oder nicht, ob, wie sie es nannten, „freie Advokatur" bestehen solle oder nicht. Bei weitem die Mehrzahl der in Dresden versammelten preußischen Anwälte erklärten sich für die Beschränkung und machte die Angelegenheit zu einer Lebensfrage. Es kam jedoch zu keinem Beschlusse darüber, sondern man setzte denselben bis zur nächsten Anwaltversammlung aus und beschloß, inmittelst eine Kommission mit Sammlung von Materialien zu beauftragen.

Je interessanter die über den berührten Gegenstand entstandenen Diskussionen waren und je beredter und mit je